

論 説

中国における刑法の位置づけ ——謙抑性の見地から——

但見 ⁽¹⁾ 亮・聞 ⁽²⁾ 志強

はじめに

I 近時の理論動向

1. 司法による犯罪化及び司法による立法
2. リスク刑法、敵対刑法への慎重な対処
3. 違法性の一元論と相対論

II 「刑法改正案（9）」の整理及び分析

1. 規定上の諸傾向
2. 小括——理論的危機と謙抑性からの再構築

おわりに

はじめに

謙抑性は刑法領域に特有の属性であり、また刑事立法が堅持すべき重大な原則かつ基本理念である。いわゆる刑法の謙抑性とは、刑法の最終的手段性とも称されるもので、「それは刑法が社会の違法行為を制御する最後の防衛線であり、一定のルールに基づいてその処罰範囲を制限する、というものである。道徳、慣習、風俗といった非公式の社会統制手段、及び民

(1) 一橋大学法学研究科准教授、早稲田大学比較法研究所招聘研究員。

(2) 華東政法大学博士課程。2015—16にかけて、同大学博士学生海外調査・研究プロジェクトの支援により一橋大学において研究を行う。

事・行政などその他の法定手段を用いるならば、違法行為の規制を行う際に刑法を発動する必要はないのである。つまり、刑法の適用の範囲は収縮、抑制かつ収斂されるべきであって、刑事処罰という手段は、その他の手段によっては有効にその効果を発揮することができない、という範囲内にとどまるべきなのである⁽³⁾。

このような謙抑性を堅持しそれを固守することは、刑法の安定性及びその權威を保つための重要な基礎である。蓋し、「法律はその安定性という特徴により、人道主義や公正そして平等といった価値と相補うことが決定づけられる。それは刑法上、少なからず謙抑性という特徴として現れることになり、法律の基本属性及び規定を超越した犯罪の懲罰を追求するという効果は、法治社会にとって相いれない価値となるのである」⁽⁴⁾。

同時に、ここには刑罰への慎重性という思想が集中的に表現されており、また刑事立法において、その他領域の法規に対して、刑法が指導的ではなく補充的に働く、ということが強調されることとなる。そして、その他領域の法規のスクリーニングの作用を強調または発揮させるためには、まず統一的、協調的かつ相互関連的な立法思想、立法理念及び立法局面が必要である。

逆に、民法、行政法そして経済法などその他の法領域について、その前置的作用を十分に（あまつさえ全く）発揮させずに、十分な思慮もなく刑法を発動してしまうならば、それは刑法の謙抑性の理念に違背するものとなる。法律はもとより限界のあるものであるが、保障的な法として、刑法の限界はより甚だしいものである。この点を意識し、常に立法者の脳裏に警鐘を鳴らし続けることは、終始遵守しなければならない「絶対の戒律」なのである。

近年、中国では一連の刑事立法活動が展開されているが、その最新のもの

(3) 張建軍「最後手段性：現代刑法的基本理念」（『光明日報』2014年9月17日）

(4) 孫万懷「刑事立法過渡期刑事政策的主旨検討」（『青海社会科学』2013年2期）

のは、2015年8月29日の第12期全国人民代表大会常務委員会第16回会議で可決・成立し、同年11月1日に施行された「刑法改正案（9）」（以下略称して「第9改正」とする）であろう。この直近の中国における刑事立法活動を精査するとき、そこには、刑事立法の謙抑性の理念に反するものが見いだされる。それは、司法による犯罪化、リスク刑法、敵対刑法といった中国の刑法理論における一部学説の消極的な影響を受けたものでもある。

思うに、一部学説が支持する司法による犯罪化の主張、そして学界において長く議論を引き起こしているリスク刑法及び敵対刑法といった理論は、罪刑法定原則に反するだけでなく、刑法の謙抑性という理念に対して強力な挑戦と衝撃をもたらすものであり、刑法理論および刑事立法の側面から、これらの内容について明らかにし、それに対する批判的考察を行わなければならない。

I 近時の理論動向

1. 司法による犯罪化及び司法による立法

司法犯罪化論者は、「今日の社会では、犯罪の危害は普遍的に重大化しており、刑法が事前に介入する必要性が日増しに高まっている」とし、「中国は今後かなり長い期間にわたって、司法による非犯罪化よりむしろ、司法による犯罪化を主たる趨勢とすべきである。すなわち、司法機関は罪刑法定原則の遵守という原則の下で、積極的に司法による犯罪化を遂行しなければなら⁽⁵⁾ない」と主張する。このような司法権の積極化と拡大の主張は、解釈という手段により刑法の処罰範囲を拡大し、以って社会と刑法典の維持・保護を実現しようとするものである。

思うに、「罪刑法定原則の趣旨は権力の制約の見地から、国家の刑罰権が積極的かつ能動的に至る所に打撃することを否定し、以って国民の予測可能性と被告人の人権保障を維持・保護しようとするところにある。この

（5） 張明楷「司法上の犯罪化与非犯罪化」（『法学家』2008年4期）参照。

立場は、実質的に、罪刑法定が常に国家刑罰権への警戒を緩めないという立場を明確に表明している。しかるに、司法が刑法解釈という技術的手段によって可能な限り刑法テキストのありうる意味を探索することを強調するならば（それは事実上刑法テキストの含意を『無限に』拡大することと異ならないのだが）、結果として、国家刑罰権とりわけ司法権を徹底的に拡大することとなり、根本において、罪刑法定原則の要求に相反することとなるのである。『司法による犯罪化理論』を唱える学者は、同時にその依拠するものを罪刑法定原則であるとしているが、その思考のあり方は罪刑法定原則の趣旨（すなわちそれは国家の刑罰権を制限し、以って人権を保障するというものであり、決して国家の介入及び犯罪化機能の強化ではない）からかい離⁽⁶⁾している」のである。

罪刑法定の旗印を掲げると同時に司法権を無限に拡大することは、罪刑法定原則における立法権と司法権の基本的関係における区分—すなわち司法による立法尊重及び厳格な法律解釈—に悖るばかりか、刑法の謙抑性という理念が司法領域において侵害・破壊され、司法の非謙抑ひいては拡張という悪果をもたらしかねないのである。

2. リスク刑法、敵対刑法への慎重な対処

(1) リスク社会観におけるリスク刑法理念への疑義

ドイツの著名な社会学者であるウルリッヒ・ベック (Ulrich Beck) による「リスク社会」の著書の出版及びそこにおける「リスク社会」概念の提唱以来、世界各国の学者は相次いでリスク社会の視野の下での法学思考及び研究を展開することとなり、それは中国の刑法学界及び司法実務に対しても、持続的かつ強烈な注目を引き起こすこととなった。そして、リスクの内包及びその実質の把握、リスク社会及びその本質の正確な認識、リスク社会理論と刑法との関係、リスク社会論に立脚したリスク刑法理念の合理性、といった問題は、社会転換期にある中国がまさに直面する、避けて

(6) 聞志強「重申罪刑法定的基本理念」(『法商研究』2015年1期)。

通れない難題である。

この点、私見としては、リスクそれ自体の内包であれ、リスク社会及びその本質であれ、またはリスク社会理論と刑法との関係であれ、リスク社会の理論に立脚するリスク刑法理論は支持し難いものであり、リスク刑法理念は採用できない。

というのは、第一に、「リスク」そして「リスク社会」の内包及びその本質から見て、「リスク社会」理論がいうところの「リスク」と、「リスク刑法」論においていうところの「リスク」とは同質的でなく、そのような基礎的概念における論理上の誤りのために、リスク刑法理論はその根幹において不安定で動揺を伴ったものとなっているからである。

この点について詳述すると、リスク社会理論の創始者であるウルリッヒ・ベック教授が提示したリスク社会理論の核心的概念であるリスクは、その本質において、ポスト工業化社会における一種の技術的リスクである。これに対し、我が国のリスク論者の所謂「リスク」の内容を見ると、それはベックのいうところのリスクとは同一でないことがわかる。すなわちそこでは、ベックがこのような概念を打ち出した背景及びコンテキストについて、十分な考慮もなしに主観的な憶測だけで断定がなされるだけでなく、このような誤解の上にさらに概念を拡大・汎化し、それを濫用ひいては制限なく使用したために、概念本来のコンテキストや背景は全く消え去り、その内在的含意は意図的に除去されている⁽⁷⁾。

リスク社会論者のいう技術的リスクは、リスク刑法論者においては既にすべてを覆い得る概念となっていて、そこでは一般的な意義における社会リスクとポスト工業化時代における技術リスクという本質的差異が混同されているだけでなく、その広汎な使用によって概念の内包は際限を失い漠然化している。

(7) この点については、勞東燕「公共政策与風險社会的刑法」（『中国社会科学』2007年3期、及び姜濤「風險刑法的理論邏輯—兼及轉型中国的路径選択」（『当代法学』2014年1期）を参照されたい。

実際のところ、リスク刑法論は、理論的基礎においてリスク社会理論との結びつきを失い、概念の使用において本来あるべき範囲を超えており、両者は同一性を喪失しているのである。このような意味で、リスク刑法論はその立論の根本において十分な支柱もなく、かつその現実的基礎を失っているものと言えよう。

第二に、「リスク社会」理論と「リスク刑法」には、直接の論理的関連はない。前者は後者の為の理論的基礎とはなりえず、不断增加する社会的リスクもまた、「リスク刑法」の現実的基礎とはなりえないのである。

リスク社会の下で、刑法はリスクに全面的に介入して完全にこれを統制するような能力はなく、またリスクを回避若しくは除去する余地もなければそのような機能もない。

リスク社会の角度から見たとき、そこで提示される技術的なリスクは特殊な時代背景及び社会環境に対応するものであるため、そこには不確定性ないし予見不能性という特徴が見られ、それは統制の困難なものとなっている。この問題の解決には、科学技術の発展によって人類が技術的リスクの予期と統制の能力を高め、類似のリスク及びそれによる危害を最大限減少させることが必要となるのである。

もちろん、より広い視野から見れば、人類がこのようなリスクに対応するために、法律的手段を用いてこれに対応しようとすることは、やりすぎとは言えない。とはいえ、このように法律を用いることは間接的に過ぎるだけでなく、「この場合の法律上の対応は基本的に行政法上のものとなる⁽⁸⁾」が、「技術的リスクの行政法的な規制は、主に技術的リスクの規制主体たる政府の政策決定行為による規範を指し、それは社会の最大利益に符合させんとするものである⁽⁹⁾」。実際のところ、このように巨大な不確定性を有する技術的リスクに対しては、刑法がこれを規制ないし除去しようとする

(8) (英) エリザベス・フィッシャー「風険規制与行政憲政主義」(瀋嶸訳、法律出版社2012年)。

(9) 陳興良「風険刑法理論的法教義学批判」(『中学法学』2014年1期)

余地はないのである。

では、このようなリスクに直面したとき、刑法はどのような役割を負い、どのような位置づけにあり、どのような機能を発揮すべきだろうか。この点、中国のリスク刑法論者の主張を具に分析すると、そこには刑法の道具性及び功利性の重視、ひいては道具主義ないし功利主義思想が顕著に現れていることがわかる。そこでは、刑法の権利保障機能よりも社会防衛機能が重視され、その規制対象は実害（結果）から（潜在的な）危険へと転化し、刑法がリスク規制に介入する位置づけは「後置」から「前置」へと変わり、その重点は懲罰と応報から威嚇と（一般）予防へと変化しているのである。

思うに、このような刑法の位置づけ及び認識における変化は妥当なものとは言えない。確かに、経済社会は迅速に発展し、科学技術は目覚ましいい進歩を遂げてきたが、それとともに、科学技術の巨大な技術的リスクは日増しに高まっている。とはいえ、リスク社会の視野の下で、ウルリッヒ・ベック教授に代表される学者が提示したリスク社会の理論が有する意義及び役割は、決して、リスクひいては潜在的な危険への懸念や憂慮を理由又は口実にして、法律を超越して権力を拡大し、さらには民主的政治体制をも突破しようとするようなものではない。むしろそれは、リスクの数量及び力量の拡大とその破壊力の増加という状況下で、依然として国家刑罰権力の抑制と慎重を維持し、罪刑法定原則と人権保障を守り、民主的立法の順守と実践をたゆまず保持しようとするものなのである。

それゆえ、日増しに高まる社会リスクに対応しようとする際、刑法の介入にはとりわけ慎重でなければならない。そこにおいて、リスク社会理論は「リスク刑法論に何らかの理論的基礎を提供するようなものではなく、むしろその逆に、政策決定における民主性及び公共性の崇拝という点において、それはむしろリスク刑法論による陵虐を防止することに利するものである。すなわち、リスク社会は我々に、如何にしてより良くリスクを管理するかということを求めるのであり、刑法を直接リスク刑法に変化させ

るという対応を求めるものではない⁽¹⁰⁾」。

ここで現在の中国に目を向けてみると、それは正に社会転換期にあり、多くの技術的リスクや人為的リスクが絶え間なく生じ、あたかもリスク社会に突入したかの様相を呈している。しかし、詳細に見れば、このようなリスクの多くは、リスク社会の背景またはコンテキストの下でのリスクとは本質的に異なるもので、行政的監督の不在や制度的な欠陥、そして社会管理技術上の欠陥やその背後にあるガバナンス理念の未熟などを主要な原因とするものであって、決して刑法の有効性の不足ひいてはその不在により引き起こされたものではない、ということがわかる。犯罪への対応という点からしても、旧来の伝統的犯罪とは本質的に異なる新しい現象などは見当たらず、伝統的刑法による対応モデルないし方法に何ら不当なところは見いだされない。

このような社会的現実の下でとりわけ声を大にしてリスク刑法を論じることは、まずコンテキストからのかい離という誤りを犯すものであるが、より突き詰めれば、それは制度と規範が十分に機能しないという状況の下で、刑法に前置された諸制度及び規範の欠陥と後進性を全面的かつ深刻に検討・改善することなく、これら前置された法規のスクリーニングの機能を十分に発揮させることもなく、逆にこれら民法や行政法といった前置的な法を無理やり乗り越えて、直接に保障法たる刑法の力を借りようとする、というもののなのであり、正にそのために、「世情・民意に合わせて」刑法を前置しようとして、リスクへの早期介入が極めて正当かつ合理的であるかのように見せようとしているのである。

これは実質的には、刑法及び刑罰の適用による威嚇と脅迫の効果を発揮させることを通じて、社会転換期の制御不能と社会リスクに対して目に見える効果をもたらそうとするものであるが、それは「リスク社会におけるリスク対応」という名の下で、「刑法による脅迫と威嚇の実」を挙げようとするものと言わざるを得ない。

(10) 孫万懷「風險刑法的現実風險与控制」(『法律科学』2013年6期)。

総じて、リスク社会論に言うリスクは本質において技術的リスクであり、刑法は（事前に）それに介入する余地もその必要性もなく、またそれは決してリスク刑法論者が言うような理想的効果を生じうるものでもない。保障法そして後置される法として、刑法は自らの立場を謹んで守るべきであり、積極的介入ひいては過度の介入により法治そして人権保障にリスクをもたらしてはならない。

（２） 敵対刑法理論への警戒

リスク社会理論に続き、ドイツの著名な刑法学者であるギュンター・ヤコブス（Günther Jakobs）により、「敵対刑法」の概念が提唱され、その内容が明らかにされるにつれて、「敵対刑法」理念が出現することとなった。⁽¹¹⁾

かみ砕いていえば、ヤコブス教授は、犯罪の本質は法益の侵害にあるのではなく、規範の違反にある、と考えた。それに応じて、刑法の目的も法益保護ではなく、規範の適用（及びその効力）の保護におかれ、規範の本来あるべき状態、すなわち信頼され遵守される状態が守られる、ということに置かれる。この規範の本来あるべき姿が打ち破られ、そのあるべき状態が持続的に損なわれるとき、それは（規範乃至は法治国の）敵とみなされ、敵対刑法によって対処されるのである。

ここでは、抽象的危険犯等の理論を紐帯に、敵対刑法とリスク刑法とが結び付けられる。近年、「敵対刑法」理論は中国で学説による注目を得ているが、学説の立場は対立しており、これに賛成するものもあれば、反対するものもある。⁽¹²⁾ これについては、「敵対刑法」の基本的内容及び実質を把握しそれを理解することこそが、それによって立つところの「敵対刑法」理念を理解し把握するための前提となるだろう。

この点、思うに本理論には避けがたい欠陥がある（それは本質において

(11) 敵対刑法の発展過程に関する記述としては、蔡桂生「敵人刑法的思与弁」（『中外法学』2010年4期）を参照されたい。

(12) 馮軍「死刑、犯罪人与敵人」（『中外法学』2005年5期）、何慶仁『刑法的溝通意義』（陳興良編『刑事法評論』第18卷（北京大学出版社、2006年）所収）など参照。

「リスク刑法」と共通である)。すなわち、そこでは社会防衛の思想が突出し、法治国家としての人権保障の理念に反している。もしこれを無理やり刑法の中に取り入れようとするならば、必ずや法治そして人権保障を危険にさらすこととなるだろう。「敵対刑法」論は、「リスク刑法」論と同様に、その本質において「明確な処罰範囲を画することができず、刑法の謙抑性という価値指向に反し、罪責主体、罪責基礎を捻じ曲げ、罪責の範囲を過度に拡大してしまうことになり、結果として伝統的刑法の基本原則(14)(罪刑法定原則、罪責原則、罪刑均衡原則)と衝突することになる」のである。

これら二つの理論は、いずれも刑法の早期介入と法益保護の前置を求めるものであり、単にその介入を要する領域が、「リスク社会」にいうところの「リスク」なのか、それとも「敵対刑法」にいうところの「敵」なのか、という違いがあるに過ぎない。

敵対刑法が、生成初期の規範違反意識(を抱いた敵)に対して刑法的懲罰を行うことにより、事前介入を通じて法規範のあるべき状態—すなわち法規範への信頼と遵守—を維持しようとするものであるのに対し、リスク刑法論では法益の保護を刑法の任務とすることが強調されるものの、法益の範囲は拡大・前置化されることになり、生じうる危険に対する予防や懲罰ないし除去といった主張もまた、刑法の早期介入を肯定しこれを支持するためのものに過ぎない。

このようなことから、敵対刑法論とリスク刑法論はその理論が生成した淵源において違いがあるものの、両者はその時代背景若しくは社会環境から見ても、または理論展開の具体的内容及び目的指向から見ても、そこには緊密な結びつきが見いだされる。蓋し、これらはいずれも、行為者を基礎とした社会防衛理念という側面を明確に強調するもので、「新しい状況」下で刑法の社会防衛機能が人権保障に優先すべきであることを主張し、刑法の予防機能とりわけ一般予防機能を重視して、行為者を刑法による威嚇

(13) 劉仁文「敵人刑法：一個初步的清理」(『法律科学』2007年6期)など参照。

(14) 陳曉明「風險社会之刑法応対」(『法学研究』2009年6期)。

を強化するための道具としているからである。実のところ、これは行為を基礎とし、人権保障理念を堅持しようとする罪刑法定原則への挑戦であり、そこには法治にとって、統制の困難な隠れたリスクが潜んでいるのである。

敵対刑法の生成についてその背景と社会的環境を分析し、その内包及び実質を解読すると同時に、リスク刑法の熟考とそれとの比較を行いつつ、ポスト法治の時代に入った西側世界と、かつて「無法無天」の鎮痛な歴史にさいなまれ、現在も利益分化と構造再編の社会転換期にあり、かつ今もなお法治国家の基礎的ルール意識の形成の途上にある現在の中国とを反復的に観察し比較するとき、我々は、現在の中国において敵対刑法理論が熱烈な注目と重視を受けるべきではない、ということに気づく。

「敵対刑法はいわばあるべき状態を示す概念であって、その基準は漠然として明確でなく、実用面での適用性がない。功利的な見地から言えば、その適用コストはそれによる収益を大幅に上回っており、制度としてその効率性に疑問が残る。敵対刑法理念こそがあるべき状態であると考え、それを立法において推進することを試みるならば、それは法政策上賢明とは言えない⁽¹⁵⁾」とする記述が見られるが、これは簡明で要を得ており、問題を適切に指摘するもので、法治における規範的要求を遵守し、人権保障という終局的目標を強調かつ称揚するものである。中国において法治へのリスクと人権保障へのリスクを防止するために、敵対刑法論に対しては慎重でなければならない。

刑事立法において、リスク刑法や敵対刑法の理念を堅持するならば、立法領域を過度に拡張ひいては前置することになる。それは抽象的危険犯について、過失危険犯そして「法治国家の敵」に関する立法を招き、「刑法規制の対象を実害（結果）から（潜在的な）危険へと転換し、刑法が『後置』から『前置』に変わることになり、それに応じて、法益の保護範囲も

(15) 王瑩「法治国的潔癖—対話 Jakobs “敵人刑法” 理論」（『中外法学』2011年1期）。

拡大し、法益の侵害予防というフェイズにまで移ることとなる。これは実質的には、刑法の社会防衛機能を権利保障機能に優先させ、懲罰と応報の重視から威嚇と（一般的）予防へと転換させるものである⁽¹⁶⁾」。これら 2 つの理論はいずれも刑法の介入の早期化と法益保護の前置化を主張するものであり、それは実のところ、刑法の謙抑性という理念を超越しひいてはそれに違背するものなのである。

3. 違法性の一元論と相対論

違法性理論は刑法の理論研究と司法実務のいずれにおいても非常に重要な問題である。前置法たる民法、行政法、経済法といった各領域の法と、後置される法としての刑法との間で、それぞれの規定における実行行為が有する違法性の内容をどのように区別し把握するか、という問題については、理論的に違法一元論と違法多元論の対立が見られる。

前者は、後置法たる刑法の実行行為についての違法性判断は前置される法の違法性判断と一致すべきであり、違法性という行為の『質』の側面—違法という属性の判断において本質的な違いはない、とするもので、法体系ないし法秩序を全体として統一的に理解する立場から得られた結論である。

これに対し、後者は、後置法たる刑法には、前置法とは異なる特徴が多く見られ、たとえ法秩序及び法体系を全体としてとらえる視野に立つとしても、実行行為の違法性判断においては、前置法と後置法とは異なる、とするのである。

この論争は、その実質において、違法一元論と相対論との対立を反映している。これについては日本の前田雅英教授が早くからこれを論じており、その議論によれば、前置法の違法性と刑事違法性とを競合的に捉える主張が違法一元論とされ、違法性判断において前置法と刑法とがそれぞれの領域において相対的に独立しているとする主張が違法相対論とされる。⁽¹⁷⁾

(16) 聞志強「重申罪刑法定的基本理念」(『法商研究』2015年1期)。

この点、思うに、違法一元論にせよ違法多元論にせよ、刑事法領域における実行行為の違法性判断が一定の独立性を有する、ということは疑いもない点である。問題は、前置的な法を含む法秩序全体の視野から、このような独立性をあらゆる行為にまで押し広げ、それをいわば量的なものとする結論に至るのか、それともこのような独立性を刑法領域の内部にとどめることで、それを質的なものとする、という結論を得るのか、というところにある。

違法一元論をとるべきとする立場の重要な根拠は、行政犯ないしは法定犯の存在というところにある。とりわけ、現代の科学技術と経済社会の発展に伴い、行政犯の数量及び範囲は不断に拡大し、立法者の注目も高まっている。しかし、理論的な視点から見ると、刑法における犯罪分類の基本的な構造では、刑法的意義における犯罪は概ね自然犯と法定犯、そして刑事犯と行政犯とに分類されているが、このような分類方法は絶対的なものではなく、論理的には不適當なところがある。蓋し、ある犯罪が自然犯でなければ必ず法定犯、刑事犯でなければ必ず行政犯、というものではなく、それは単に相対的な区分による結論にすぎないからである。

相応に、もし前置法の違法性判断のみに基づいて刑事違法性の存在と成否を絶対的に判断できるとするなら、それは恐らく行政犯についてはあまり問題とはならないが、それ以外の非行政犯について言うならば、容易かつ明確に直接そのような結論を導き出せるとは思われず、その判断には慎重さが求められる。

例えば傷害行為の違法性判断について考えてみよう。中国の刑法において犯罪概念について規定する13条は、「情状が明らかに軽微で危害が大きくないものはこれを犯罪と認定しない」と明確に規定しており、要するにそのような行為は犯罪ではない、ということになる。つまり、中国の刑法において犯罪が成立するには、「情状が明らかに軽微で危害が大きくない

(17) 前田雅英「可罰的違法性の研究」（東京大学出版会1982年）339-341頁、前田雅英「法秩序の統一性と違法の相対性」（『研修』559号）など参照。

もの」ではない、という『量的』要求を満たさなければならないのである。

具体的に傷害行為と結びつけて違法性の認定について考えると、中国の実務においては、少なくとも軽傷以上の傷害行為があって初めて故意傷害罪が成立するということになり、それがなければ、『治安管理処罰法』の規定する軽微な行政違法行為ひいては通常の民事上の不法行為ということになる。

この場合に、違法一元論を無理やり貫こうとすれば、民事の不法行為または軽微な行政違法行為の領域に留まる傷害行為であっても、そのような前置法の違法性を備えるというだけでなく、刑事違法性をも具備する、ということになり、それは犯罪の視野に入るという可能性をもつことになる。これは中国の刑法の明文の規定に反するばかりか、司法実務とも明らかに符合しない。

同様に、無理に違法一元論を貫こうとすれば、前置的な法領域において規制される行為と後置的法である刑法の規制する行為との境界線が曖昧になり、結果として、前置法と刑法との間で、行為形式及び違法性判断について明確な区分を行うことが困難になり、刑事立法における行為類型選択及び違法性判断に、前置法の領域のそれが不断に入り込むこととなってしまう、ひいては、刑事立法が衝動的で前置的なものとなることにより、刑事立法における謙抑性の原則への重大な脅威と破壊をもたらすものとなりかねない。

まさにこのようなことから、違法性判断において、中国の刑法学界には依然として議論はあるものの、⁽¹⁸⁾ 通説は依然として、違法性の多元性と刑事違法性判断の相対的独立性という結論を維持しているのである。

とはいえ、罪刑法定という基本原則と犯罪概念における「質」及び「量」という2つの要求、そして違法性多元論及び刑事違法性判断の相対的独立という通説の立場は、昨今中国の刑事立法の変遷において不断に衝

(18) この点についての具体的な記述としては、王昭武「法秩序統一性視野下違法判断的相対性」(『中外法学』2015年1期)参照。

撃と侵蝕にさらされている。この点について、以下直近の立法から問題を論じてみたい。

Ⅲ 「刑法改正案（9）」の整理及び分析

1. 規定上の諸傾向

（1） 予備行為の実行行為化

予備行為の実行行為化という立法上の特徴は、主にテロリズム（原語は「恐怖主義」。以下単に「テロ」とすることがある）及びネットを利用した犯罪という2つの類型において規定が見られている。そのうち、テロ犯罪については、刑法第9改正の7条で、「刑法」120条の1の後に120条の2を加え、「以下の状況の一があるときは、5年以下の⁽¹⁹⁾有期懲役、⁽²⁰⁾拘役、管制または政治権利の剥奪に処し、併せて罰金に処す。情状が重大なものは、5年以上の有期懲役に処し、併せて罰金または財産の没収に処する。①テロ活動の実施のために凶器、危険物またはその他の道具を準備すること、②テロ活動の訓練を組織またはそれに積極的に参加すること、③テロ活動を行うために域外のテロ組織または人員と連絡すること、④テロ活動を行うための計画またはその他の準備を行うこと…」とされている。そして、2015年10月30日の最高人民法院、最高人民検察院の「中華人民共和国刑法の執行において罪名を確定することに関する補充規定（6）」（以下単に「『刑9』司法解釈」とする）を見ると、この規定が「テロ活動実施準備罪」と命名されていることがわかる。

このように、刑法改正の規定する内容と司法解釈の規定する罪名のいずれにおいても、予備行為の実行行為化という色彩が非常に鮮明に現れてい

(19) 1月以上6月以下の労働刑で、最寄りの警察署で行われる。毎月1,2回の帰宅も許される（刑法第3章第3節）。

(20) 主刑のうち最も軽いとされるもので、3月から2年の期間について、（一般的及び特定の）行動・活動についての義務や制限または禁止の措置が行われる（刑法第3章第2節）。

る。すなわち、このような予備行為的性質を有する行為が一旦行われると、それだけで、「テロ活動実施準備罪」が直接成立する、ということになるのである。

ところが、2015年11月1日の「第9改正」正式施行の後、2016年1月1日に施行された「反テロリズム法」(原語は「反恐怖主義法」)。以下「反テロ」とする)の規定には、これと適合しないものが見られている。

「反テロ法」79条は、「テロ活動を組織、計画、実施準備または実施し、テロリズムを宣伝し、テロ活動の実施を先導し、テロリズムを宣伝する物品を違法に所持し、テロリズムを宣伝する服装やマークを身につけることを他人に強制し、テロ集団を組織、指導またはそれに参加し、テロ集団、テロ活動人員そしてテロ活動の実施またはそのトレーニングを幫助したものは、法により刑事責任を追求する」と規定しており、この規定は「第9改正」と一致するものといえる。

これに対し、同法80条は、「以下の活動の一に参加し、その情状が軽微で犯罪を構成するに至らないときは、公安機関は10日以上15日以下の拘留に処し、併せて1万元以下の罰金を科することができる。①テロリズム、過激主義を宣伝し、またはテロリズム、過激主義を行うことを扇動したとき、②テロリズム、過激主義を宣伝する物品を制作、伝播または違法に所持したとき、③テロリズム、過激主義を宣伝する服装やマークを身につけることを他人に強制したとき、④テロリズムの宣伝または実施のために、情報、資金、物資、労働、技術、場所などを提供し、これを支持、協力または便宜を提供したとき」としており、ここに刑法との不一致が見られるのである。

まず指摘しておく必要があるのは、「反テロ法」は刑事法ではなく行政法であり、テロリズムを取り締まるための前置的な部門法の規定だ、ということである。つまり、テロリズムに係る行為については、行政法規違反行為のレベルでのテロリズムへの参加行為と、犯罪を構成するテロリズム参加行為とを区別する必要があり、行為が行政法規違反を超えて刑事犯罪

領域に入って初めてテロ犯罪が成立することになる。

しかし、これらのテロリズム行為に関する法律規定を詳細に検討してみると、そこには以下のような問題があることがわかる。まず、「反テロ法」80条の規定を見ると、「情状が軽微か否か」ということが、関連行為が犯罪となるか行政法規違反となるかの基準とされていることがわかる。しかし、前述のように「刑法」13条は「情状が明らかに軽微で危害が大きくないものは犯罪としない」と規定している。すなわち、刑法上の刑事犯罪の法定基準と、それに前置される部門法の基準とには、少なくとも文言の表記の上で明らかな違いがあり、同様の「犯罪」の成立について、それぞれが異なる判断基準を置くこととなってしまうのである。

次に、「反テロ法」80条の規定は、その実質的な意義において、同法79条及び「第9改正」の規定と一致しないところがある。

「第9改正」及び「反テロ法」79条の規定によれば、上述のような予備的性質を持つ行為を含むテロリズムに係る行為を行っただけで犯罪が成立することになるのに対し、「反テロ法」80条の規定は、情状が軽微であれば犯罪が成立しないと、上述のような予備的性質を持つ行為を含むテロリズムに係る行為を行っただけでは必ずしも犯罪が成立するわけではないとしており、両者には明らかに矛盾・衝突が見られる。

それは、同一の行為に対して同一の法律内で規定が衝突しているというだけでなく、前置法たる「反テロ法」が「刑法」と矛盾する、という問題をもはらんでいるのであって、法制度の統一という理念に反し、法律の理解及び適用に望ましくない影響を与えかねない。

さらに、予備行為の実質化・単独化は、犯罪の形態に関する理論を揺るがすおそれがある。犯罪の予備行為について単独で犯罪が成立するのであれば、では犯罪の未遂行為や中止行為については、単独で犯罪が成立し得ないのだろうか。もしこれらについても単独で犯罪が成立しうるとすれば、それは犯罪の形態に関する理論を解体に直面させるという潜在的脅威となりえよう。

犯罪予備行為を単独で犯罪化し、これを実行行為化することがもたらすもう一つの問題として、その犯罪よりもさらに前の段階で行われた行為が、当該犯罪についての予備行為となりうる、という問題がある。⁽²¹⁾このような論理によれば、犯罪となる行為の起点は不確定な状態に陥り、実行行為は確定できず、刑法における処罰と法益保護の範囲は不明確になる。その結果、刑法における法益の範囲は無限に拡大し、前置法の領域は徐々に侵食され、刑事違法性の判断は消失し、違法多元論と違法性判断の相対性は徹底的に違法一元論に取って代わられることになる。

さらに、ネットを利用した犯罪について、「第 9 改正」29条は、「刑法」287条の後に287条の 1 を追加し、「ネットを利用して以下の行為の一を行い、情状が重大なときは、3 年以下の有期徒刑または拘役に処し、併せて（または単独で）罰金を科す。①詐欺の実施、犯罪方法の伝授、禁制品または統制品の製造または販売等の違法犯罪活動に用いるためにサイトを立ち上げ、グループで通信を行う、②薬物、銃器、わいせつ物などの禁制品または統制品に関する情報若しくはその他の違法犯罪情報を提供する、③詐欺などの違法犯罪活動を行うための情報を提供する」としている。

ここに見られる立法の基本的な考え方は、「早くかつ小さいうちに叩く」という政策に基づいて、本来予備段階にあるネット犯罪行為をそれ自体単独で犯罪として処罰する、⁽²²⁾というものである。このように、テロ犯罪とネット利用犯罪という 2 つの類型において予備行為が実行行為化されているが、これは実質的には、法益保護の（一層の）前置という原則がとられたことを示している。実際、2 つの出発点、すなわち重大な法益の保護、及び法益保護の現実に基づいて、このような前置を肯定する立場も見られて

(21) 中国の刑法では、条文上規定されるすべての犯罪について、その予備行為を処罰することができる（22条）。

(22) 孫万懷「違法相対性理論的崩壊—対刑法前置化立法傾向の一種批評」（『政治与法律』2016年 3 期）。

⁽²³⁾
いる。

この点、立法者は限定的列挙という方法でこれらの予備行為に関する規定を置いているのであり、そこでは罪刑法定原則の見地から、刑事立法の明確性という要求に沿うことが意図されていることがわかる。しかし実際のところ、予備行為の形態は多様であり、立法の限定列挙という方法でこれを明確に規定しようがない。たとえ立法においてある程度明確に規定がなされたとしても、その明確性はやはり相対的で限界があり、結局司法実務において大量の司法解釈が出され、それによって実行行為化された予備行為の内容が具体化されることになる。

しかし問題の根源は、予備行為自体が、その多様性及び漠然性という特徴のために、それを類型化して把握することは非現実的であり、しかも、予備行為は一般的な実行犯の可罰性を具備しないため、これを安易に犯罪とすることは、前述のテロ行為関連規定と本質的に同じ問題を伴うことになり、ついには違法性判断のさらなる漠然化と一元化を招いてしまうのである。

このような「先天的欠陥」のために、刑事立法において望ましいと考えられた出発点は、最終的に、司法実務における運用の過程の中で泡沫と化してしまうことになる。

（２）既遂形態の前置化

既遂形態の前置化というべき問題もまた、刑事立法にしばしば出現している。まず、「環境汚染罪」の改正においてその問題は現れた。2011年に可決された「刑法修正案（８）」の46条は、刑法338条の「環境汚染罪」の規定を、従来の「…重大な環境汚染事故を発生させ、公私の財産に重大な損失を被らせまたは人身の傷害・死亡という甚大な結果を生じさせたとき…」という記述から、「…甚大に環境を汚染したとき」という記述に改めている。

(23) 趙秉志、袁彬「中国刑法立法改革の新思緯—以『刑法修正案（九）』為中心」（『法学』2015年10期）。

この改正は、その前置法たる環境関連法規の規定と適合的でないだけでなく、環境汚染罪の既遂の形態を、従前のような実際の被害すなわち結果犯から、行為ひいては危険犯へと変え、既遂の成立段階を大幅に前置することになる。

これは、その本質において、目下中国が直面する重大な環境汚染問題を解決するために、特に処方された「一錠の劇薬」ということができる。通説的な立場では、本罪において行為者は関連規定違反の故意があるものの、それにより引き起こされた環境汚染の結果については一般に否定的態度をとっているとされる。それゆえ、全体として見れば、その主観的側面は過失と評価されることになる。

これに対して、上述の刑法改正では、過失犯の刑事処罰範囲をさらに拡大・前置して、結果が実際に生じたかどうかにかかわらず、行為自体が危険を生じさせるかどうか、ひいてはその可能性があるかどうかに基づいて、これに対して刑事処罰を行うことになる。このような立法のあり方は、その実質において、法益保護について過度にこれを前置するものであり、刑法をして前置法の行為領域をさらに「蚕食」させるものである。

次に、偽造薬品製造・販売罪の改正が挙げられる。同罪の改正については、一連のプロセスが見られた。1979年制定の「刑法」では、同罪について「営利を目的として、偽造薬品を製造・販売して人民の健康に危害を与えたとき」とされており、それは現実の被害を問題とするものであった。これに対し、1997年の「刑法」⁽²⁴⁾では、同規定を「偽造薬品を製造・販売し、身体⁽²⁴⁾の健康に重大な危害を及ぼすに足るとき」と改めている。

これにより、本罪は典型的な危険犯となったわけであるが、この改正規定にいう「身体⁽²⁴⁾の健康に重大な危害を及ぼすに足る」という危険の状態

(24) 中国では1979年に刑法が制定され、その後多くの改正が行われているが、規模・形式・内容面から、1997年の改正のみが「全面改正」とされており、特に「新刑法」「97年刑法」と呼称される。本稿でいう「第8改正」「第9改正」は、いずれも1997年の「新刑法」制定後8回目または9回目の改正を意味している。

は、実際の適用のための判断基準としては曖昧に過ぎ、重大な危害を及ぼすまでには至らない偽造薬品の製造・販売行為について司法による追及が困難になり、結果として刑事法の網の外に逃れてしまう、という問題をもたらすこととなった。そこで、刑法の「第8改正」においては、改めてこれを行為犯とし、偽造薬品製造・販売罪の構成要件に該当する行為に着手しさえすれば、既遂の状態を構成するものとしたのである。

このように、本罪は、実害犯から危険犯そして行為犯へと、その判断基準は徐々に容易になり、犯罪認定のハードルが大いに下げられた。その結果、この種の行為の認定については、工商行政管理や医薬衛生などの関連行政部門と司法機関とが競合し、ひいては法律解釈及び適用における議論を引き起こすこととなった。

それは最終的に、既遂基準における判断の前置化を手がかりとして、刑法が行政法等の前置法の領域に公然かつ「堂々と登壇」する道を開き、違法性判断を絶対化・一元化させ、刑事立法の謙抑性理念への脅威と破壊をもたらしたのである。

（3） 共犯行為の正犯化、実行行為化

「第9改正」6条は、刑法120条の1の規定を改め、「テロ組織によるテロ活動の組織若しくは実行またはテロ活動のトレーニングについて、資金援助を行ったものは、5年以下の有期徒刑、拘役、管制または政治権利の剥奪に処し、併せて罰金を科す。情状が重大なものは、5年以上の有期徒刑に処し、罰金または財産の没収を併科する。テロ組織によるテロ活動の組織若しくは実施またはテロ活動のトレーニングのために人員の募集や運送を行った者も、前項の規定により処罰する…」としている。

これについて、2015年10月30日の最高人民法院、最高人民検察院による「『刑9』司法解释」は、同条の罪名を「テロ活動幫助罪」としている。この罪名だけを見ても明らかなように、本罪はテロ活動を幫助する行為を直接実行行為ととらえ、単独で犯罪を成立させるものである。それはつまり、爾後ここに規定するテロ活動行為が行われたとき、それはテロ犯罪行

為の共犯として処理されるのではなく、単独で、直接に実行行為とされ、正犯として扱われる、ということになる。

伝統的刑法理論では、幫助行為は共犯（共同犯罪）行為の 1 つであり、直接に実行行為を行った正犯（または実行犯）とは区別され、その罪責の程度も正犯（または実行犯）よりも軽微であるとされる。それゆえ、刑事責任の配分の上でも、幫助犯は正犯より軽微でなければならず、刑事処罰において少なくとも「可能的減輕主義」がとられなければならない（幫助犯については「必要的減輕主義」を貫くところもあるが）。

しかし、「第 9 改正」の「テロ幫助罪」の規定は明らかに、このような行為を独立した実行行為として正犯化している。これは当該行為の刑事責任をより高める結果を導くものであり、罪刑相当の原則に違背するものと言わざるをえない。

さらに、「刑法」第 2 章第 3 節の共同犯罪に関する規定は、犯罪における役割の大小を中心に、実際の分担を加味して、共犯者を分類し処罰を決することとしており、26 条ないし 29 条においてそれぞれ主犯、従犯、（威迫等による）服従犯そして教唆犯という 4 つの種類の共犯について規定している。⁽²⁵⁾

さて、この条文から明らかなように、中国の刑法では従犯について「必要的減輕主義」の処罰モデルが取られており、⁽²⁶⁾ 従犯の一種である幫助犯は、刑事責任の評価そして処罰の上で、このような刑事責任の配分上相当な処罰を受けるという恩恵に預かるはずである。

ところが、「第 9 改正」の「テロ幫助罪」の規定は、このように本来共犯行為の一種である従犯行為を取り出してこれを実行行為化しただけでな

(25) 厳格に言えば、中国の刑法には幫助犯概念について明確な規定がなく、それは「共同犯罪において副次的または補助的な役割を果たしたものは従犯である。従犯については、より軽く処罰するか、または処罰を減輕若しくは免除しなければならない」とする 27 条の従犯の規定に含まれる、ということになる

(26) 中国の刑法規定にいう「より軽く（從輕）」という用語は、法定刑の範囲内でより軽く処罰する、という意味であり、法定刑を下回る「減輕」とは異なる。

く、量刑においてもこれをかなり重くするものであって、重罰主義の傾向を内在している。それは、共同犯罪の行為内部での刑事責任の程度に応じた処罰の配分を破るものであり、ひいては中国の刑法における共同犯罪の規定自体を揺るがすものといえる。蓋し、幫助行為を直接実行行為として正犯とすることができるならば、教唆犯や威嚇による服従犯そして単なる従犯なども、これを直接実行行為として正犯化し、単独の犯罪とすることができることになり、それらを共同犯罪として評価する必要はなくなるからである。

ここでもう一步推論を進めると、「テロ活動幫助罪」においてこの種の幫助行為が実行行為として正犯化されたことにより、第三者が当該「テロ活動幫助」行為について幫助を行ったとき、それは本罪についての幫助罪で処理されるのか、またはそれらも本罪の実行行為に当たるとして処理されるのか、という疑問が生じる。

実際のケースから考えれば、「テロ活動幫助罪」に係る幫助については、その行為の程度及び内容にかなりの幅があり、これらを一律に実行行為とするならば、それは責任の程度を無視し、罪と罰の不均衡をもたらすもので、罪刑相応の原則に反するものと言わざるを得ない。

加えて、「テロ活動幫助罪」で幫助行為が実行行為として正犯化されたことにより、その他の犯罪についても、今後改正によって新しい犯罪を規定すれば幫助行為を実行行為として正犯化することができる、という結論も導きうる。しかしそうだとすれば、中国の刑法理論において、共同犯罪の規定は徹底的に空虚なものになってしまうのであり、この規定の合理性ないし合法性には疑問を抱かざるを得ない。

このように、幫助行為を実行行為として正犯化することによりもたらされる影響は甚大なものである。それは根本において、重大な犯罪、とりわけ国家安全危害罪や公共安全危害罪などの社会的危害性とその社会への悪影響を、立法者が過度に重視することにより、本来共犯理論により解決できる問題を取り上げてその処罰を前置化した、というものである。それ

は、いわば立法の衝動的・情緒的反応というべきものであり、刑事処罰における非謙抑性の現れ、ということができるだろう。

2. 小括——理論的危機と謙抑性からの再構築

以上のように、「第9改正」には、予備行為の実行行為化、既遂形態の前置化、共犯行為の正犯化、といった特徴が見られているのだが、そこには共通して、中国の刑事立法における法益保護の早期化と前置化そして過剰化という現象が顕著に見られている。

それは、刑事立法の前置法すなわち行政法等の領域への不断の侵入を招き、違法行為の犯罪化と重罰化といった傾向をもたらし、刑法圏ないし犯罪圏というべき範囲の一層の拡大をもたらしている。そしてその結果、違法性判断は不断に一元化かつ絶対化し、違法性の相対性及びその判断の独立性を説く立場が困難に直面するだけでなく、違法性理論そのものも崩壊の危機に面しているのである。

前置法と刑法との境界があいまいになり、違法性判断理論が内容的に揺るがされるこの連鎖反応の中であって、刑事立法の謙抑性理念もまた重大な破壊を受け、ひいては無言のうちに（実質的に）放棄され、行政ないし民事の前置的部門法規はスクリーニングの機能を発揮する余地を失い、結果として、大量の前置的違法行為が不断に刑罰的制裁の対象となってしまう。

このような視点から「第9改正」を見たとき、前述の各点以外にも、少なからず謙抑性理念に反する改正点を見出すことができる。

例えば「第9改正」第6条は、刑法133条の1を改正して「道路上で自動車を運転し、以下の事情の一にあたるときは、拘役に処し、併せて罰金を科す。①カー・チェイスをし、情状が悪質なとき、②酒に酔って運転したとき、③スクール・バスまたは旅客運輸業務において、定員を大幅に超過し、または規定速度を大幅に超えて運転したとき、④危険化学物質の安全管理規定に違反し、公共安全に危険をもたらしたとき」としている。

このうちの③及び④の規定は、「第9改正」で新しく加えられた内容であり、そこでは、定員超過及び速度超過、そして危険化学物質安全管理規定違反の運輸行為について、これを危険運転罪の規制範囲に加えることが明確に要求されている。

ここで指摘しておきたいのは、定員超過及び速度超過はいずれも法定・行政犯の類型に属するものだ、ということである。これらの行為の犯罪化について、刑法の法理から考察すれば、前置法による行政的管理手段等による規制が尽くされた上で、なおも効果が得られない場合に初めて、それらの行為が犯罪化され、刑法の規制に組み入れられる、ということになる。

ところが、現実はいずれとは異なるものとなっている。まず、我が国の行政管理部門及び関連機関が行政管理手段を尽くしたと言えるかが大いに疑問である。定員超過または速度超過の運転が行われたとき、道路上に数多く設置された料金所または頻繁に巡回する執行人員により速やかに進行の制止や運転の停止、罰金、ひいては車両の差し押さえなどがなされるはずである。

行為者が何度も同様の行為を繰り返すような場合は、道路交通情報及び運転関連のデータ・ベースに基づいて、免許の停止ないしは取り消し、車両の差し押さえなどを行うとともに、再試験や再申請または再取得に停止期間を設定し、さらには終身のナンバー取得・運転禁止、ブラック・リストへの記載、社会一般の信用喪失者リストへの掲載などにより、各方面に渡る資格制限または剥奪措置をとることができる。

このように、巨大な行政管理資源と膨大な行政管理人员を擁する行政機関は、路面上での執行を通じて上記のような各種管理措置を行っている。しかし、それによってすら、上記各種行為を規制するのには十分でないようである。だとするならば、人的・物的資源の不足が言われる司法機関が、最高でも6ヶ月の拘役と罰金に過ぎない処罰を以てこれら行為を処理するという「犯罪化」の必要性、合理性、切迫性そして有効性には、深

い疑いを感じざるを得ない。

次に、定員超過または速度超過が日常化かつ重大化する状況下で、我々にはむしろ、そのような問題が発生する根本原因を求め、行政処罰による処理と同時に問題解決のためのより優れた施策を求めることが必要である。

例えば、運輸能力など公共道路交通に対する財政投入の不足、またはその分配の不均衡、さらに過剰な道路通行コストといった問題により損益のバランスが失われ、結果として上記のような行為が頻繁に生じている可能性があるが、政府及び関連部門はこれらの問題に積極的に取り組み、事故発生率の低下のために根本的解決策を講じているだろうか。行政管理による資源投入の損益と刑法的介入による損益との比較を十分に行い、法経済学的なコスト・ベネフィットの視点から代替性のフィージビリティについて評価がおこなわれているだろうか。これらの問題を解決しなければ、そこには依然として病根が残っており、病理的反応は依然として生じうることになる。

草を刈ることは根を抜くことに及ばない。同様に、行政管理措置のよりよい使用を求めずに、やみくもに「犯罪化」を求めても、それは上のような行為を一時的に和らげるとしても、その「捲土重来」を避けることはできないのである。

この他に、「立法の上では、これまでの重罰主義、功利主義、万能主義という立場から、人道主義に基づく、人の価値を核心理念とする非犯罪化、非刑罰化、寛大・軽罰化という立場への転換が求められ、司法の上では、国家権力による刑罰権行使における寛容と抑制そして慎重の立場が求められる」とする刑法的人道主義の理念からすれば、上述の行為を犯罪とすることは、そのレッテル的効果のために、より良い社会秩序と調和的人間関係を回復困難なほどに破壊することが危惧される。同時に、それは刑法制裁には担いきれないほどの重さを持つものであって、逆に言えば、そこには刑法の限界すなわち適用にあるべき慎重さが顕著に現れている。ま

た、既に「飲酒文化」「宴席文化」という風潮の中にある中国において、「酒酔い運転」の犯罪化がもたらす「後遺症」によりもたらされる社会的影響の中で「悪果を食す」こととなる。

このような点について、著名な刑法学者である周光権教授は、軽妙ながら核心を突く指摘をしている。曰く、「酒酔い運転の犯罪化により、我が国では毎年犯罪者が4万人ほど増加することになる。もし多くの危険運転行為（例えば改正議論の中でしばしば出現した「薬物使用運転」「暴走」「電話しながらの運転」「高速道路逆走」等の運転行為）をすべて犯罪とするならば、同罪の範囲はさらに拡大することになるが、一旦犯罪として処罰を受けると、犯罪記録はその人の進学、就職と言った問題に大きく影響し、ひいてはその人生を大きく変化させることになってしまう⁽²⁷⁾。

このほかに、テストでの不正行為について刑法という武器を用いて刑罰による制裁が加えられることとなっている。これまで学生によるテスト不正行為については、実際に処罰を受けるもの、とりわけ厳しい処罰を受けるものはごくわずかであった。そこでは、当事者学生の進学、就業など前途を考慮して、教育関連部門や関係学校等各方面は厳罰を行うことを躊躇していたのである。

思うに、現在の社会背景ないし環境の下で、これに対して処罰を用いてもそれによる威嚇は当事者に対して特別予防の効果をもたらすこともなく、また社会大衆に対して有する一般予防の威嚇力も、恐らく限りなくゼロに近いであろう。

立法者は、刑法及び刑罰を出動させることで、テストで続出する不正行為については受験生に対応しようとしているが、我々は本当に忌憚なく「殺生を解禁する」べきなのだろうか。各方面への悪影響への考慮を放棄して、躊躇せずに「手打ちにする」べきであろうか。それへの答えは、決して強固な確信に満ちたスムーズなものではありえないだろう。

ある行為を犯罪として評価すべきかを検討するとき、懲罰的機能を有す

(27) 張伯晋「多種危険駕駛行為是否入罪引爭議」檢察日報2015年3月8日。

る道具としての刑法に介入させるべきか、またどのように介入させるかという問いの中で、慎重かつ抑制された態度を保ち、すべての社会管理手段を使い尽くしてもやはり望ましい効果が得られないというときにのみ、刑法による介入を行うべきである。

おわりに

刑事立法が謙抑性の理念に反することの原因は複雑である。それはときに、政策そしてその背後にある権力の影響ないし作用により生み出されるのであり、正に「立法過程においては、一定領域の統治政策に対応するため、刑法体系の調和性を顧みず、刑法が矢面に立たされる⁽²⁸⁾」と指摘されるとおりである。

また、それは民意に対する過度の妥協ないし譲歩によりもたらされることもある。確かに、刑事立法の民主化及び公開化については、これを肯定し堅持していかなければならないが、民意ないし所謂社会の重大な関心に過度に反応することには賛同できない。民意というものは時に激しく荒れ狂うものであり、民意を反映すべき立法機関であっても、それを考慮する際には慎重に慎重を期さなければならない。

我々は権力に対して、また民意に対して、いずれも独立の品格を保たなければならない。刑法学の見地から、我々のできることは、「法律制定者がそこからくみ取ったところの法学文献はいつかそれ自体『紙くず』となり」、それ自体は廃れて消えゆくものであるとしても、学究に努めた結果は、よりよい法典の中で生きていくのである⁽²⁹⁾」との認識を保ち、それを自らに明確に言い聞かせていくことである。

(28) 孫万懷「寛厳相済刑事政策応回帰為司法政策」法学研究2014年4期。

(29) カール・ラーレンツ「論作為科学的法学的の不可或缺性—1966年4月20日在柏林法学会の演講」(趙陽訳)比較法研究2005年3期。